

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

JULHO SETEMBRO 1993 • BRASÍLIA • ANO 30 • Nº 119

Propriedade intelectual e novas tecnologias

NEWTON PAULO TEIXEIRA DOS SANTOS

Advogado e Professor Catedrático da
Universidade Federal do Rio de Janeiro

"A fotografia é justamente o divisor do direito autoral clássico do moderno." (HERMANO DUVAL)

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Titularidade e copyright.* 3. *Aspectos econômicos.* 4. *A CEE e o Mercosul.* 5. *O CETEM e a propriedade intelectual; proposta.* 6. *Conclusão.*

1. *Introdução*

Não foi sem motivo que escolhi para epígrafe deste trabalho uma frase de Hermano Duval, onde fica expresso o fato de como uma nova invenção pode desviar os rumos do direito autoral. Na realidade o direito autoral (e de modo mais abrangente a propriedade intelectual) há que, permanentemente, rever suas posições, na medida em que a técnica vai oferecendo ao homem novas formas de externar sua capacidade criadora¹. Foi por isso mesmo que em 10 de fevereiro de 1905 o Tribunal Civil do Sena teve que reconhecer, de maneira preempatória que:

"as produções cinematográficas são obras de arte protegidas pela Lei de 1793, por assimilação às fotografias" (*Doyen C. PARCRLAND, D. P. 1905, II, 389*)².

1 Bem notou KOUMANTOS (1992). Também CORBET (1991).

2 BÉRLRAND (1992), p. 12.

A partir de 1910 o cinema se transforma numa verdadeira indústria, e rapidamente uma questão inflama o debate: "o produtor da obra cinematográfica deveria ter a qualidade de autor?"³.

Portanto, sempre foi assim. Ocorre que o progresso tecnológico dos últimos tempos tem sido vertiginoso. Ora, é próprio da ciência do direito curvar-se ante cada realidade; e é natural que a área primeiro provocada seja a propriedade intelectual, pois ela é que vai propiciar e proteger todo o processo criador⁴. O impacto explosivo que os programas de computador causaram há cerca de vinte anos (hoje um pouco serenado, porém não de todo resolvido) é apenas um exemplo. Ao qual se juntam a emissão e recepção de sinais emitidos por satélites; a reprografia cada vez mais sofisticada e acessível; as manipulações genéticas; a restauração de antigos registros sonoros e filmes clássicos, etc, etc. Ou se criam novos direitos ou se ampliam os existentes; não é possível conter as inovações nos limites de textos que se mostram obsoletos. Pois é grande o desconforto e a inquietação social⁵.

Para isso é que os especialistas têm se reunido com frequência, num esforço para encontrar soluções adequadas.

O Instituto de Pesquisa em Propriedade Intelectual Henri Desbois promoveu um Colóquio sob o título: *O Futuro da Propriedade Intelectual*. Já não é só o presente, mas também o futuro dessa questão vem constituindo a preocupação dos juristas, dos legisladores, dos criadores e dos usuários. Pois todos estão ansiando por reformas, nem sempre fáceis de serem fixadas.

A UNESCO, por sua vez, promoveu uma Reunião de Reflexão nos dias 16, 17 e 18 de novembro de 1992, sob o título *O Direito Autoral em Face dos Desafios do Ano 2000*.

O legislador francês, sempre sensível aos problemas dessa área, não satisfeito com o texto de 1985 que reviu o seu direito autoral, acaba de editar um Código de Propriedade Intelectual, que é a Lei nº 92.597, de 1 de julho de 1992.

Neste trabalho, nós levantamos alguns aspectos desse problema tão atual, passando pela questão (tão polêmica) da titularidade, fazendo a distinção pretendida pelo *copyright* e o direito autoral, para chegar aos aspectos econômicos e avaliar fenômenos como a Comunidade Económica Européia (CEE) e o MERCOSUL. Essas questões vêm nos colocar justamente à espera do ano 2000 e no manuseio de normas que nos escapam quando queremos legisla-

3 DESBOIS (1966), p. 152. Também CORBET (1991).

4 No excelente livro *O direito autoral hoje*, organizado por Isabelle de LAMBERTERIE (1991), eis como se expressa Marie-Angèle HERMITTE: "Desde a invenção da imprensa, que provocou uma verdadeira fascinação por parte dos investidores, o autor teve que enfrentar um combate de quatro séculos para fazer valer seu direito moral, reconhecido como um direito de personalidade. Desde então, cada descoberta Tecnológica desestabiliza esse direito..." (p.3).

5 O que há de mais recente é uma "cultura *sampier*", onde prevalece uma "estética da cuspia" em todas as áreas. Nos Estados Unidos se alastrou pela *blacks music* dos *rappers*, pelo *hip-hop* e pela *dance music*. Tanto que está sendo estudada uma lei para o seu uso. Na justiça, porém, tramitam muitos processos contra artistas plásticos que se apropriam de obras alheias" (matéria publicada na revista Domingo, do Jornal do Brasil, de 8 nov. 1992, pp. 20-3).

ias. Esse desafio é tão moderno quanto sedutor. Nossa pretensão é resumi-lo, e não enfrentá-lo, ou resolvê-lo.

2. *Tiularidade e copyright*

Sem dúvida: o primeiro desafio que as novas tecnologias fazem à propriedade intelectual é este, ou são estes: quem é o autor? Quem é o inventor?

Pode-se dizer que até a metade do século XX esse era um problema mais ou menos tranqüilo. Desde então as novas invenções têm provocado a questão, numa guerra ainda longe do fim.

Ocorre que, na propriedade industrial, a aquisição dos direitos, tanto no que se refere às patentes como às marcas, é fundada no cumprimento de certas formalidades. Quem as cumpre é, em princípio, o titular dos direitos correspondentes. Isso é muito importante, porque não é o fato de inventar, nem é o ato da escolha da marca, que concede a aquisição do direito; portanto nada impede que essa aquisição seja feita por uma pessoa jurídica, e é o que ocorre na maioria das vezes.

No direito autoral é diferente. Pelo menos na Europa Continental e nos países como o Brasil, que seguem a mesma orientação, somente o criador efetivo da obra de espírito pode ser o titular originário de um direito autoral. Ora, o criador efetivo só pode ser uma pessoa física, pois que as pessoas jurídicas são uma ficção; não têm o dom da criatividade. As pessoas jurídicas só podem adquirir o direito autoral a título derivado. Essa transferência é, no entanto, submetida a limites, mormente no que concerne ao aspecto moral que liga o autor à obra.

Veja-se o que diz a nossa Lei nº 5.988, de 1973:

“Art. 12 — Para identificar-se como autor, poderá o criador da obra intelectual usar de seu nome civil, completo ou abreviado até por suas iniciais, de pseudônimo ou de qualquer sinal convencional.

Art. 13 — Considera-se autor da obra intelectual, não havendo prova em contrário, aquele que, por uma das modalidades de identificação referidas no artigo anterior, tiver, em conformidade com o uso, indicado ou anunciado esta qualidade na sua utilização.

Parágrafo único. Na falta de indicação ou anúncio, presume-se autor da obra intelectual aquele que a tiver utilizado publicamente.”

Refere-se, sem dúvida, a uma pessoa física. Tanto mais que adiante a Lei vai dizer quando é que uma empresa pode assumir a autoria:

“Art. 15 — Quando se tratar de obra realizada por diferentes pessoas, mas organizada por empresa singular ou coletiva e em seu nome utilizada, a esta caberá a autoria.”

⁶ CETEM (1992).

⁷ COLOMBET (1992), p. 36.

No direito anglo-saxão é diferente, e por isso mesmo eles falam em *copyright*, e não em *rights of author*. O que importa é o aspecto material do objeto da proteção e o aspecto económico é o conteúdo do direito. A criação efetiva da obra ao nível intelectual goza de um papel menos importante que o resultado e os investimentos necessários. Por isso é que em casos como o cinema, indústria fonográfica, etc., etc., admite-se facilmente falar-se em uma pessoa jurídica, um empregador, ou um encomendante como o titular originário do *copyright*. Essa transferência de direitos conduz a uma ruptura dos laços entre o criador e a obra, e nesse sistema (do *copyright*), o direito moral só é reconhecido em limites muito estreitos.

Ora, quando na segunda metade deste século surge a grande revolução tecnológica, ela vai provocar profundas inquietações na propriedade intelectual. A facilidade com que são feitas reproduções de obras gráficas (a reprografia); a reprodução privada de fixações audiovisuais (a cópia única, prática quase tão nociva como a pirataria); transmissões por cabo e por satélite, transmissões essas que não vêem fronteiras — todos esses processos estão cada vez mais distantes dos modos tradicionais de utilização.

Mas é o computador que vem oferecer problemas maiores ao direito intelectual, sobretudo no que diz respeito à autoria de seus programas. Curioso é que o direito autoral vem sofrendo embates maiores; a propriedade industrial (as patentes e as marcas) vêm passando ao longo das inovações tecnológicas sem grandes fissuras.

Talvez porque a dependência económica sempre tenha acompanhado o processo das invenções. A criação literária e artística sempre foi, por tradição, um ato isolado, às vezes de solidão. No entanto, cada vez vem sendo maior o número de autores assalariados, de autores que trabalham com independência mas sob encomenda, de autores de obras que exigem investimento de grandes capitais, ou de autores obrigados pela natureza das coisas a trabalhar coletivamente (e o exemplo maior talvez seja a obra cinematográfica). A imagem social desses criadores difere profundamente da imagem tradicional do artista que trabalhava, isolado, submisso à sua inspiração.

Na verdade uma tal imagem social invadiu também o domínio das patentes. Outrora o inventor trabalhava só, ou com uma assistência elementar, com capitais insignificantes, fundado em sua inspiração, seu génio, ou sua paciência. Hoje as pesquisas suscetíveis de conduzir a invenções verdadeiramente importantes não mais apresentam, pelo menos em regra geral, essa imagem. Agora os capitais são enormes e o trabalho coletivo necessário. Os dois exigem investimentos dos quais somente as grandes unidades de produção são capazes — ou sejam, as pessoas jurídicas. Hoje o inventor não é mais o cavaleiro solitário que foi outrora; o assalariado tornou-se a regra, como o trabalho em equipe, em grandes centros. tantas vezes multinacionais ou subvencionados pelo Estado.

O trabalho desenvolvido pelo Centro de Pesquisa em Tecnologia Mineral é um bom exemplo. As linhas dos seus programas apontam três áreas emer-

gentes no tradicional setor minero-metalúrgico, que são os Novos Materiais, a Questão Ambiental e a Química Fina. Os materiais avançados representam um desafio tecnológico na medida em que são ora competitivos e ora complementares em relação ao setor tradicional, e exigem alta tecnologia para seus desenvolvimentos e aplicações. Como estamos longe de uma Mme. Curie, um Oswaldo Cruz, ou um Santos Dumont!

Tal modificação da imagem do criador literário e artístico e do inventor, conseqüência da explosão tecnológica dos últimos anos, trouxe problemas para a titularidade dos direitos que, sem serem completamente inéditos (já se disse), ganharam uma dimensão nova.

Realmente, se o autor é uma pessoa física independente, o problema não traz dificuldade. Apesar disso, numerosos países inseriram em suas legislações um texto dizendo como se identifica o autor: a qualidade de autor pertence àquele cujo nome ou pseudônimo vem indicado na obra (é o caso da Argélia, Áustria, Brasil, Canadá, Egito, Espanha, Irlanda, Peru, Polónia, Portugal, Zaire). A fórmula da Lei francesa, que se encontra também nas legislações marroquina e senegalesa, é ligeiramente diversa:

“Art. L. 113-1— A qualidade de autor pertence, salvo prova em contrário, àquele ou àqueles sob nome de quem a obra é divulgada” (Lei nº 92.597, de 1º de jul. 1992).

Como bem assinala Colombet, a norma francesa abrange as pessoas jurídicas que tenham tido a iniciativa de obras coletivas, simplesmente por a terem divulgado.

O texto brasileiro, como se viu acima, insiste no art. 12 em que o autor identifique-se, etc. A novidade está é na recente Lei do Reino Unido:

“Quando a obra literária, dramática, musical ou artística é gerada por computador em condições reais que não haja autor humano da obra, considera-se como autor a pessoa que toma as medidas necessárias à criação da obra (cap. 178 e 93. — V.D. De Freitas, op. cit., p. 36). O dispositivo é, segundo o autor pré-citado, *único* no mundo.”

Conclusão: a posição ortodoxa de que o autor há que ser uma pessoa física vem cedendo lugar a uma realidade cada dia mais evidente, fazendo verdadeiras estas palavras de J. MARTINS:

“Existe uma certa mitologia no direito autoral, uma espécie de mística estética, que resulta de sua história, da época em que o direito autoral nasceu, quando certas afirmações foram consagradas, e que datam do século XIX e início do século XX.

Seria danoso ao direito autoral permanecer ao nível dessas encantações e na esfera desse tipo de afirmações.”⁸

⁸ Ibidem

⁹ LAMBERTERIE (1991), p. 109.

3. *Aspectos econômicos*

Os autores e os inventores estão enfrentando duas circunstâncias onerosas, conseqüentes de um acelerado desenvolvimento tecnológico. Ocorre que eles aumentaram intensamente os gastos de investigação e desenvolvimento na produção de bens, bens que lhes são usurpados com relativa facilidade. Investimentos dessa ordem só se justificam se houver a certeza de que poderão ser recuperados em um prazo razoável, durante o qual o produto seja protegido do uso não autorizado que outros possam fazer — e no entanto os textos legais descompassados da realidade não os protegem com eficácia.

Em segundo lugar, a reprodução de produtos protegidos está se tornando cada vez mais fácil e barata. As técnicas se modernizam e oferecem ao interessado meios e modos capazes de duplicá-los com crescente perfeição e rapidez. O infrator pode então vender o artigo pirateado por um preço bem menor que o do original, porque nada precisou investir na sua investigação e comercialização. Para obter uma cópia exatamente igual ao original não precisa de uma equipe, basta apertar um botão. E isso acontece em todas as modalidades da propriedade intelectual. Tanto nas marcas, como nas patentes ou no direito autoral. Vejamos uma de cada vez.

O princípio econômico em que se baseia o direito marcário é distinto do das patentes e do direito autoral. A proposta da marca é fazer uma diferenciação de produtos; é personalisar um determinado bem, através de um nome (ou de um símbolo) que lhe dê caráter. A fixação dessa marca é o resultado de pesquisas, de trabalhos técnicos especializados. É uma forma de propriedade intelectual, porém é um campo distinto das patentes, que pressupõem uma invenção nova que implique uma atividade suscetível de aplicação industrial. As marcas constituem hoje um patrimônio de risco, de alto risco, pois sabe-se o quanto elas são usurpadas sem que o titular encontre nas leis uma proteção eficaz.

A patente é uma propriedade mais relevante quando se quer considerar o desenvolvimento tecnológico e a economia. Pois ela serve exatamente para proteger e estimular a invenção, e protegê-la significa um esforço para garantir o crescimento econômico continuado, a prosperidade e a competitividade internacionais.

A Constituição Americana já dizia, em seu texto do século XVIII, que "para promover o progresso das ciências e das artes, será assegurado por tempo limitado aos autores e inventores o direito exclusivo sobre seus escritos e invenções" (8.8). Também hoje a propriedade intelectual se fundamenta na promoção do progresso. E a justificação moderna das patentes parte do reconhecimento de que um invento — os denominados bens do conhecimento — tem características próprias. São bens livres, quer dizer, bens cuja quantidade não diminui com seu uso. Há bens fungíveis (como o dinheiro) e os infungíveis (como um relógio, por exemplo), como é sabido. Aqui é outra coisa: o consumo que uma pessoa possa fazer de um bem do conhecimento

não interfere na possibilidade de outra pessoa consumir o mesmo bem. Assim sendo, a sociedade atingiria o máximo do bem-estar se não se cobrasse pelo uso de um bem do conhecimento, pois é certo que o custo de um subuso desse bem é zero. E as normas de eficiência econômica sugerem que com preço zero se conseguiria uma distribuição ótima de recursos.

Ocorre que somam-se circunstâncias que devem ser consideradas no caso das invenções. Ainda que determinada invenção possa ser usada sem esvaziar, ou mesmo diminuir o seu conteúdo, e ainda que isso possa ser feito sem custo econômico adicional, o processo que a gerou pode ter sido consequência de um projeto caro. Quanto mais sofisticada é a Tecnologia, mais caros são os projetos que dão causa às invenções. Pelo que, obviamente, tais investimentos precisam ser recuperados. Por isso são necessárias normas específicas e protetoras, para que os agentes econômicos encontrem os estímulos necessários para investir em atividades inovadoras. Ainda que o preço de venda zero consiga o máximo de bem-estar num equilíbrio estático, há de se convir ser ele inviável, pois é necessário almentar os avanços tecnológicos, fazendo com que eles se paguem, e dêem lucro.

Eis porque as patentes são necessárias: elas asseguram ao inventor um monopólio temporário do uso de sua invenção e impedem que seus concorrentes se valham de seus conhecimentos sem pagar por eles. Só assim os inventores asseguram seus interesses e são estimulados a desenvolver novos produtos e processos, fator decisivo para um crescimento econômico a longo prazo. Só assim a Tecnologia pode se desenvolver com a eficácia desejada.

Vejamos agora o que ocorre com o direito autoral. As obras artísticas, literárias e científicas também são bens do conhecimento. Escritores e artistas, assim como os inventores, correm o risco de perder o controle de suas criações, e com ele seus rendimentos financeiros. Ora, o direito autoral oferece ao autor um poder de, com exclusividade, administrar a sua obra, e durante um tempo até bem mais generoso que o previsto pelo direito industrial. Esse monopólio dá origem a estímulos econômicos para a criação e publicação de novas obras.

É verdade que as fronteiras que separam essas categorias diversas de propriedade não são nítidas. Muitas criações são disputadas por áreas diferentes, e o exemplo primeiro é o programa de computador, que foi finalmente absorvido pelo direito autoral, com grande desconforto. Isso prova a existência indiscutível de um campo comum às três propriedades — à marca, à patente e ao direito autoral, e também prova que todas elas são causa e consequência e regras econômicas onde os interesses em jogo são temperados por um sentimento de justiça. A mudança das normas legais vai ser determinada por esse processo.

4. *A CEE e o Mercosul*

Pelos aspectos assinalados pode-se medir de que forma e em que profundidade as novas tecnologias vêm desafiando a propriedade intelectual. Somem-